

# ***A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E O CONTROLE ADMINISTRATIVO DA RADIODIFUSÃO***

---

**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO\***

*Juiz Federal da 8ª Vara do Ceará, Professor de  
Processo Civil na Faculdade de Direito da UFC*

Sumário:

1. Introdução. 2. A garantia constitucional da liberdade de comunicação. 3. O Pacto de São José da Costa Rica e a Lei da Radiodifusão Comunitária (Lei 9.612/98). 4. Resolução do conflito jurídico entre norma oriunda do Jus Gentium e regra de Direito Interno. 5. Controle administrativo da atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

## **1. INTRODUÇÃO**

Cada vez se torna mais freqüente, no âmbito da Justiça Federal, a promoção de medidas processuais buscando obter autorização judicial, tanto através de ações cautelares preparatórias, como de mandados de segurança, para assegurar o funcionamento das chamadas *rádios comunitárias*, estações com transmissores de potência reduzida e pequeno alcance, instaladas sem outorga formal do Poder Público e apeladas, preconceituosamente, de *rádios piratas*, por causa da quase-clandestinidade em que operam, decorrente da falta de outorga oficial para funcionamento.

Os fundamentos dessas iniciativas processuais invocam a garantia constitucional da liberdade de comunicação e proclamam que ela independe de licença (arts. 5º, IX e 220 da Carta Magna), bem como o *Tratado de San José da Costa Rica* que, assinado pelo Brasil, contém norma circunstanciante da legislação interna sobre essa liberdade, comprometendo-se os Países signatários a não empecer e, pelo contrário, facilitar, através de normas legais internas, o pleno desenvolvimento de atividades relacionadas com tal franquia.

Contudo, a Carta Magna contém exigência de prévio ato de *concessão, autorização ou permissão* do Poder Público, relativamente ao funcionamento de quaisquer fontes de radiodifusão sonora ou de imagens (arts. 21, XII, a e 223), *daí emergindo o conflito potencializado entre dispositivos da própria Constituição ao lado de comandos oriundos do Direito das Gentes*, mostrando o interesse geral e atual de estudos mais verticais em busca de sua solução jurídica.

## **2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO**

A liberdade de comunicação e expressão, *qualquer que seja a sua via*, está garantida formalmente na Carta Magna Brasileira (arts. 5º, IX e 220) e não é lícito a qualquer autoridade, *seja sob que pretexto for*, criar embaraços ou atropelar a plena fruição dessa franquia constitucional, característica, aliás, das sociedades organizadas segundo o modo de vida democrático.

Essa concepção superior afasta, em definitivo, a prática da *censura prévia* das comunicações, pelo que não se admite hoje em dia no País, *como conquista social e cultural a ser preservada a qualquer custo, o controle político, ideológico ou artístico dos conteúdos das divulgações da imprensa em geral* (art. 220, parág. 2º da Carta Magna).

Porém, há insuperável limite *posto pela própria Carta Política*, infletindo sobre o suporte material dessa liberdade de informação, qual seja a exigência de prévia outorga do Poder Público para o funcionamento de estações de radiodifusão, bem como se cobra a responsabilidade ulterior pela veiculação de mensagens nos meios de comunicação, se ocorrer agravos a terceiros.

A limitação dos meios técnicos pelos quais essa liberdade resulta percutida expressa-se na parte final do art. 220, *caput*, da Carta Magna, ao aludir que a própria Constituição alberga disposições de observância obrigatória, nestes termos:

*Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

Mas as disposições constitucionais se endereçam exclusivamente à organização dos meios técnicos da comunicação, *não se aplicando às formulações internas dos conteúdos intelectual, artístico ou científico das manifestações do pensamento* eis que a sua livre elaboração está amparada em norma de garantia fundamental (art. 5º, IX).

Aliás, quanto à relevância dessa garantia, há doutrinadores da maior suposição que sustentam que as franquias do art. 5º da Carta Magna, em face de se encartarem no capítulo dos Direitos Fundamentais, devem prevalecer sobre os outros demais itens da própria Constituição.

Há que se distinguir, contudo, o *teor* da mensagem comunicada da *estrutura material* (ou meio material) que a divulga: quanto ao primeiro, repita-se, a nossa ordem jurídica não admite de modo algum qualquer forma de controle prévio ou censura, seja de que natureza for, mas quanto ao segundo, a própria Constituição traz prescrições que lhe são aplicáveis, *fixando a necessidade de ato estatal especial para liberação de suas operações*.

Com efeito, os serviços de radiodifusão sonora (emissoras de rádio) e de sons e imagens (emissoras de TV), têm, por disposição constitucional impostergável (art. 21, XII, a, redação da EC 8/95), de se submeter à prévia outorga estatal, para que possam ser exercidos por particulares:

*Art. 21 – Compete à União:*

*(...);*

*XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:*

*a – os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;*

*(...).*

Repise-se, novamente, que a prescrição do art. 220 da Carta Magna encaminha a aplicação do controle estatal *exclusivamente ao suporte da comunicação*, ou seja, ao seu meio técnico, processo ou veículo, *não alcançando, portanto, de forma alguma, os conteúdos das divulgações*, que estes estão albergados na garantia da *incensurabilidade prévia*, como já assinalado.

Relativamente à inviolabilidade desses conteúdos, nenhuma norma jurídica a poderá estabelecer, em razão da supremacia dos comandos constitucionais, assim encomiada pelo eminente Ministro CÉLIO BORJA, do colendo Supremo Tribunal Federal:

*O princípio da supremacia da ordem constitucional – consectário da rigidez normativa que ostentam os preceitos de nossa Constituição – impõe ao Poder Judiciário, qualquer que seja a sede processual que se recuse a aplicar leis ou atos estatais reputados em conflito com a Carta Federal. A superioridade normativa da Constituição traz, ínsita em sua noção conceitual, a idéia de estatuto fundamental, de uma fundamental law, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado.”(RE 107.869-MG, RTJ 140, p. 964).*

Em outro julgamento que também punha em causa a superioridade normativa da Constituição, assim se pronunciou o mesmo Tribunal, através do preclaro Ministro CELSO DE MELLO:

*Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada. (ADin 293-7/600, RT 700, p. 221).*

Em face desses dispositivos constitucionais, todos os demais atos estatais, legislativos ou executivos, inclusive as decisões do Juízos Monocráticos e os acórdãos dos Tribunais do País *devem se curvar aos seus comandos*, não havendo escusas possíveis para o seu margeamento, ainda que sejam eventualmente relevantes os argumentos ou proposições em contrário, *inclusive com a invocação da franquia política*.

Calha a lição do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, que bem capta o consórcio da liberdade de comunicação com a necessidade de controle público estatal dos seus meios técnicos, assim se pronunciando o mestre sobre o conceito de liberdade de comunicação, pondo em realce que a sua organização submete-se a regime jurídico específico:

*Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed, Malheiros, 1996, p. 237).*

É esse *regime jurídico especial*, aplicável à organização dos meios de comunicação – *não às mensagens* – que utilizam aparatos sonoros (rádio) ou de sons e imagens (TV), que instrumenta o controle estatal administrativo, *que cria formas próprias e diferenciadas de outorga operacional*, tendo em vista que no nosso ordenamento jurídico o acesso a essas atividades *depende* de ato do Poder Público.

No sistema constitucional positivo brasileiro, o ato de outorga e renovação da concessão, autorização ou permissão do Poder Público, para que o particular possa exercer o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens está assim disciplinado na Carta Magna:

*Art. 223 – Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.*

Trata-se, como visto, de um dispositivo magno de aplicabilidade imediata, impondo-se mesmo aos julgamentos do Judiciário de forma irrefragável, *não sendo possível ignorá-lo nas decisões que envolvam a matéria que nele se encerra*.

Quanto às chamadas *rádios comunitárias*, a Lei 9.612/ 98 traz disposições específicas a respeito dessas emissoras, em consonância, como tinha que ser, com o regramento superiormente estabelecido na Carta Magna.

### **3. O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A LEI DA RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida por *Pacto de São José da Costa Rica*, celebrada em São José da Costa Rica, em 27.11.69, e promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 06.11.92 (DOU 09.11.92), põe prescrições convencionais sobre diversas

matérias que podem ser objeto de legislação pelos Países signatários, visando *consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem*, como está expresso no seu Preâmbulo.

Entre esses direitos humanos essenciais está a *liberdade de pensamento e de expressão*, assim resguardada no contexto do aludido Pacto Regional Internacional:

*"Art. 13 – Liberdade de Pensamento e de Expressão.*

*1 – Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo à sua escolha.*

*(...).*

*3 – Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão da informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*

*(...)”.*

Releva assinalar que essas disposições pactuais se subordinam às restrições normativas que os Países signatários podem estabelecer, pois a eficácia das regras do Direito Internacional, no âmbito interno de cada Estado, ainda se acha na fase dependente de adoção pelo Direito Doméstico, tanto que o próprio Pacto, assim prevê:

*"Art. 30 – Alcance das Restrições – As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicados senão de acordo com leis que*

*forem promulgadas por motivo de interesse geral em com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.”*

Esta cláusula convencional respeita os ditames do Direito Interno de cada Estado, máxime o seu Direito Constitucional e, no tocante ao Brasil, a previsão contida no artigo 223 da Carta Magna, que diz *competir ao Poder Executivo o ato de outorga e de renovação da concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, com observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.*

A Lei da Radiodifusão Comunitária (Lei 9.612/98) é igualmente acorde com a Constituição, tanto que nos seus arts. 5º e 6º alude expressamente à *competência do poder concedente da outorga da exploração dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (o Poder Executivo Federal, de acordo com o art. 223 da Carta Magna),* prescrevendo o art 9º o rol das exigências administrativas a serem obrigatoriamente implementadas pelo interessado.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, anterior à Carta de 88 e ao Pacto de São José da Costa Rica, já previa no seu art. 36 que o funcionamento das estações de telecomunicações *fica subordinado a prévia licença, de que constarão as respectivas características, e que só será expedida depois de verificada a observância de todas as exigências legais.*

Inexiste, portanto, a liberdade de implantação de estações de radiodifusão, sem prévia outorga do Poder Público, sendo até um tipo criminal a instalação ou utilização de equipamentos radio difusores sem a devida autorização administrativa.

#### **4. RESOLUÇÃO DO CONFLITO JURÍDICO ENTRE NORMA ORIUNDA DO *JUS GENTIUM* E REGRA DE DIREITO INTERNO**



Quanto à eventualidade do controle administrativo da radiodifusão sonora e de sons e imagens violar preceito normativo oriundo do *Jus Gentium*, precisamente o *Tratado de San José da Costa Rica*, releva assinalar que *a inserção de um direito ou prerrogativa no contexto de um tratado ou acordo internacional não produz, por si só e automaticamente, o efeito de sua aplicação imediata no âmbito das soberanias signatárias*, pois o Direito Interno de cada País prevê soluções jurídicas diferentes para aplicação dos pactos internacionais, *quando contrapostos ao Direito Interno*.

A operatividade da norma internacional, no espaço soberano de cada Estado signatário, depende, em primeiro lugar, da edição de provimento hábil interno, que *a conecte e a incorpore ao Direito Nacional, sem o que a disposição do texto pactual ou convencional não se habilita à execução e à garantia judicial de plena vigência e aplicabilidade, no ordenamento doméstico*, consoante leciona o eminente Professor FRANCISCO RESEK (Direito Internacional Público, Saraiva, 1989, pp. 83 e 103).

Nem se pense, porém, que uma vez admitida no Direito Nacional, *com estrita observância das regras internas aplicáveis a esse efeito*, a norma pactual fique imune a contrasteamentos com a normatividade interna, inclusive pela que lhe for subsequente, porque não há regra jurídica doméstica que assegure a sua prevalência, como esclarece o Professor FRANCISCO RESEK:

Recorde-se, de início, que o primado do Direito das Gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em Direito Internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um dos seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. (Direito dos Tratados, Forense, 1984, p. 461).

Possíveis e freqüentes são as dissonâncias entre normas de tratados ou acordos internacionais e regras jurídicas postas pelo Direito Interno, criando a necessidade de harmonizá-las, no momento de sua aplicação.

A *questão* do conflito normativo entre o tratado ou acordo internacional e a regra jurídica doméstica que lhe é *póster*a não tem merecido soluções constitucionais uniformes: a Constituição Francesa de 1958 (art. 55), a Constituição da Grécia de 1975 (art. 28, parág. 1º) e a Constituição Política do Peru de 1979, são exemplos de Cartas Políticas que *afirmam a prevalência dos pactos internacionais sobre as leis internas do País*, assim conferindo exaltada importância às normas do Direito Convencional.

Examinando-se a doutrina estrangeira, vê-se que pelos menos três posições são possíveis de serem adotadas quanto ao assunto: (1) *prevalência absoluta* das normas do Direito Convencional, inclusive quando em adversidade com dispositivos constitucionais; (2) *infraconstitucionalidade* das normas convencionais, mas suprallegalidade dessas mesmas normas, prevalecendo as pactuadas, quando em conflito com as internas; e (3) *paridade hierárquica* das normas oriundas do *Jus Gentium* com as originárias da atividade legislativa ordinária interna, conforme registro do Professor GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, Almedida, 1991, p. 912).

O sistema de controle da constitucionalidade adotado no Brasil e estabelecido nas suas sucessivas Cartas Magnas, *não segue o caminho privilegiante do Direito Internacional Público*, tanto que os tratados, na tradição constitucional pátria, *podem ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal* (CF de 1946, art. 101, III, *a*; CF de 1967, art. 114, III, *a*; e CF de 1969, art. 119, III, *a*).

A Carta Política de 1988 consagra a incidência do controle de constitucionalidade dos tratados, cabendo ao colendo STF (art. 102, III, *b*)

o pronunciamento final sobre o assunto, em sede recursal extraordinária, o que denota a aplicação desse mecanismo de preservação da Constituição por qualquer Juízo Nacional (controle difuso); ademais, a função de *Guardião da Constituição* que a Carta de 88 atribuiu ao STF dá-lhe a potestade de exercer o controle de *qualquer ato normativo* que se contraponha aos ditames constitucionais.

São de dois níveis jurídicos, contudo, os conflitos que as normas dos tratados internacionais podem apresentar em relação às regras do Direito Interno: *(1) elas podem impactar dispositivos legais (infraconstitucionais) ou (2) podem contrapor-se a dispositivos da própria Constituição, contemporâneos ou pósteros à sua admissão no ordenamento nacional.*

No primeiro caso (*conflito de regra pactual com norma legal*), o aplicador poderá inspirar-se nas regras de resolução dos conflitos entre normas de mesma hierarquia e vir eventualmente a prestigiar a norma *mais recente*, seja a do tratado, seja a da lei interna, pela adoção das parênticas *a lei posterior revoga a anterior e lei especial não revoga a lei geral*.

As normas dos tratados e as das leis federais têm entre nós igual força impositiva, havendo decisões do colendo STF em favor da prevalência do Direito Internacional, em contraposição a normas internas, mediante a aplicação das soluções clássicas dos conflitos de leis no tempo, segundo referência do Professor CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO (Direito Internacional Público, Freitas Bastos, 1976, 1º vol., p. 61).

Essa solução é possível, pois, como já dito, a Constituição Brasileira *não sufraga a solução obsequiosa ao Direito das Gentes em desfavor da produção normativa interna*, ou seja, não há, na nossa Carta Magna, qualquer dispositivo que dê ao tratado internacional primazia sobre as normas jurídicas legislativas de elaboração doméstica.

Por tal razão, como assinala o Professor RESEK, é majoritário o entendimento de que,

*faltante, na Constituição do Brasil, garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.* (Direito dos Tratados, cit., p. 472).

O Professor ARNALDO SUSSEKIND, dizendo claramente *preferir* a prevalência das normas pactuais sobre as internas, em caso de conflito, afirma que, no Brasil, vigora a diretriz oposta, *entendendo-se que a lei ordinária posterior à ratificação prevalece sobre a correspondente disposição conflitante do tratado ratificado* (Direito Internacional do Trabalho, LTr., 1986, pp. 73 e 75).

No nível jurisprudencial, recorde-se decisão do colendo Supremo Tribunal Federal que, contra o *voto solitário* do eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, proclamou que as regras dos tratados *não se sobrepõem às leis nacionais*, assim negando primazia à norma do *Jus Gentium*, quando em conflito com a norma interna (Pleno, RE 80.004-SE., Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ 83, pp. 809 a 848).

No segundo caso (*conflito com norma pactual com dispositivo constitucional*), a solução deverá examinar se a incompatibilidade é contemporânea da formação do tratado ou se se cogita de incompatibilidade superveniente, em razão de mudança do texto constitucional.

Se o conflito com a Carta Magna já existia no momento da formação do tratado, não poderá haver a sua adoção pelo ordenamento nacional, sendo de nenhuma valia jurídica qualquer ato que afronte a dicção constitucional e objetive a implantação da norma convencional no âmbito interno.

Se, porém, o conflito se patenteou somente após a formação do tratado, em face de alteração constitucional via emenda, por exemplo, também deverá prevalecer o texto da Constituição, *mas respeitados os efeitos produzidos pela norma pactual até o momento de declaração do seu conflito com a Carta Magna*.

Mas cabe fazer o registro de que a *jurisprudência internacional* não dá abono a essa tese, afirmando, pelo contrário, que a execução dos tratados não pode ser obstada pelas leis internas dos países signatários, ainda que de nível máximo, *isso em homenagem ao princípio da boa fé que é a base do Direito Internacional Público*.

O Professor CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, conhecido e respeitado especialista em Direito Internacional Público, rejeita veementemente a inexecução do tratado internacional por razão normativa de ordem interna (op. cit, p. 121) e assinala que a Convenção de Viena, um dos mais referidos documentos normativos internacionais, *determina que o Estado não pode invocar o seu direito interno para não executar o tratado*, inclusive porque essa atitude gera descrédito e insegurança nas relações externas.

No Brasil, há autores que detectam uma possível tendência de fazer prevalecer a norma pactuada internacional, em caso de conflito com regra positiva de Direito Interno, vendo um reforço a tal tendência no art. 98 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), *ao rezar que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha*.

Parece perfeitamente sustentável que as regras dos tratados devam prevalecer sobre as leis internas, *mas não se oculte, na análise do problema, que o conflito normativo nem sempre se dá no nível das normas legais, podendo alcançar o nível dos dispositivos constitucionais, quando a desequiparação hierárquica normativa há de considerar e privilegiar o valor absoluto da supremacia da Constituição*.

Ainda que se admita que as normas dos tratados *devem ter primazia sobre as leis internas*, não se mostra aceitável, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista político internacional, que os ditames da Carta Magna sejam *ajustáveis* aos termos dos acordos externos, quando são imodificáveis pela via da normatividade interna, editada pelo Congresso Nacional, em face da *rigidez dos seus dispositivos*.

Portanto, o *Tratado de San José da Costa Rica*, sem empecos aos seus altos propósitos culturais e em favor da liberdade de comunicação, *não pode prevalecer contra ditame expresso da Constituição Brasileira e, assim, o controle administrativo da radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, a da Carta Magna) não está eliminado por força daquele importante Pacto Internacional*.

## **5. CONTROLE ADMINISTRATIVO DA ATIVIDADE DE RADIODIFUSÃO SONORA E DE SONS E IMAGENS**

O rol do art. 21 da Carta Magna, compreendendo vinte e cinco itens, lista afazeres que o legislador constituinte quis atribuir à estrutura do serviço público federal, embora, quanto a alguns deles, haja permitido a sua *execução por terceiros* (agentes públicos ou pessoas físicas e jurídicas em colaboração com o Estado).

Mas a execução por terceiros, sempre dependente da delegação, como no caso dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, a da Carta Magna), não elide o controle administrativo do Poder Público, tanto que esses *agentes somente poderão atuar se previamente investidos, mediante atos formais de autorização, concessão ou permissão*.

A esses afazeres do Poder Público susceptíveis de serem exercidos por terceiros (delegáveis), desde que autorizatários, concessionários ou permissionários, os doutrinadores jus-

administrativistas têm chamado de *serviços públicos impróprios*, assim considerados porque lhes falta um dos elementos do conceito de *serviço público em sentido próprio*, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado, conforme leciona a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, Atlas, 1997, p. 91).

Os serviços públicos *próprios* são os que não podem ser delegados, enquanto os serviços públicos *impróprios* são os que comportam delegabilidade, *mas sem eliminar ou afastar o controle administrativo público sobre o exercício da atividade objeto da delegação*.

Mesmo nos casos de delegação, a titularidade do serviço público *permanece na área estatal*, ou seja, não se dá a *privatização da atividade*, daí por que o regime em que ela se desenvolve é e será sempre de Direito Público, *ainda que se trate, como nos casos da exploração dos serviços de radiodifusão sonora (rádios) ou de sons e imagens (TV), de atividade de conteúdo inquestionavelmente econômico*.

A exploração dos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens *constitui serviço público*, de modo que somente o Estado o pode exercer, fazendo-o diretamente ou através de outorga a terceiros, ocorrendo nesse caso uma forma típica de *delegação*.

Registre-se que *nem todos os serviços públicos podem ser objeto de delegação*, havendo os que somente podem ser exercidos *diretamente* pelo Poder Público, quais os atinentes à prestação jurisdicional ou a emissão de moeda.

O controle administrativo da atividade de radiodifusão sonora ou de sons e imagens operacionaliza-se através de três formas clássicas de outorga com interesse concorrente do Poder Público e do delegatário, objetivando a realização do serviço:

(a) *autorização* – quando a outorga se dá por ato discricionário e precário do Poder Público, não constituindo em prol do autorizatário nenhum tipo de aquisição de direito, eis que se trata de ato estatal revogável unilateralmente a qual quer tempo, não importando se o seu destinatário continua ou não satisfazendo às exigências que foram feitas por ocasião da sua emissão;

(b) *concessão* – quando a outorga repousa em contrato de natureza administrativa, no qual os elementos discricionariedade e precariedade se apresentam mitigados pelo prazo de fruição do direito outorgado e pela índole nitidamente bilateral da relação jurídica decorrente, *mas sem excluir o controle programático do Poder Público sobre a prestação do serviço*; e

(c) *permissão* – quando a outorga se dá por ato administrativo discricionário e precário, visando o exercício, pelo particular, de certa atividade de interesse coletivo ou o uso de determinados bens públicos, quer a título gratuito, quer a título oneroso.

Se não outorgada regularmente pelo Poder Público a autorização, concessão ou permissão, *impossibilita-se o exercício da atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens pelo particular e, se exercida, caracteriza-se como exercício clandestino, passível de repressão, tanto na esfera administrativa, quanto no domínio do Direito Penal.*

## 6. CONCLUSÕES

*1. A liberdade de comunicação e expressão, qualquer que seja a sua via, está garantida formalmente na Carta Magna Brasileira (arts. 5º, IX e 220) e não é lícito a qualquer autoridade, seja sob que pretexto for, criar embaraços ou atropelar a plena fruição dessa franquia constitucional, característica, aliás, das sociedades organizadas segundo o modo de vida democrático.*



2. *Os serviços de radiodifusão sonora (emissoras de rádio) e de sons e imagens (emissoras de TV), têm, por disposição constitucional impostergável (art. 21, XII, a, redação da EC 8/95), de se submeter à prévia outorga estatal, para que possam ser exercidos por particulares, sempre em relação jurídica de Direito Público.*

3. *A operatividade de norma estabelecida em tratado internacional no espaço soberano de cada Estado signatário, depende da edição de provimento hábil interno, que a conecte e a incorpore ao Direito Nacional, sem o que a disposição do texto pactuai ou convencional não se habilita à execução e à garantia judicial de plena vigência e aplicabilidade, no ordenamento doméstico.*

4. *Uma vez admitida no Direito Nacional, com estrita observância das regras internas aplicáveis a esse efeito, a norma pactual não fique imune a contrasteamentos com a normatividade interna, inclusive pela que lhe for subsequente, porque não há regra jurídica doméstica que assegure a sua prevalência.*

5. *As regras dos tratados, mesmo prevalecendo sobre as leis internas, não se sobrepõem aos dispositivos constitucionais, porque o desnível hierárquico normativo há de considerar e privilegiar o valor absoluto da supremacia da Constituição.*

6. *O Tratado de San José da Costa Rica não pode prevalecer contra ditame expresso da Constituição Brasileira e, assim, o controle administrativo da radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, a da Carta Magna) não está eliminado por força daquele importante Pacto Internacional.*

7. *Não havendo outorga regular pelo Poder Público (autorização, concessão ou permissão), impossibilita-se o exercício da atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens pelo particular e, se*

*exercida, caracteriza-se como exercício clandestino, passível de repressão, tanto na esfera administrativa, quanto no domínio do Direito Penal.*

## **7. BIBLIOGRAFIA**

CÉLIO BORJA, Min., *STF, RE 107.869-MG, RTJ 140, p. 964.*

CELSO DE MELLO, Min., *STF, ADin 293-7/600, RT 700. p. 221.*

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 1996.

FRANCISCO RESEK, *Direito Internacional Público*, Saraiva, 1989.

FRANCISCO RESEK, *Direito dos Tratados. Forense*, 1984.

GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedida, 1991.

CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Público*, Freitas Bastos, 1976.

ARNALDO SUSSEKIND, *Direito Internacional do Trabalho*, LTr., 1986.

XAVIER DE ALBUQUERQUE, Min., *STF, RE 80.004-SE., RTJ 83, pp. 809 a 848.*

CUNHA PEIXOTO, Min., *STF, RE 80.004-SE., RTJ 83, pp. 809 a 848.*

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, 1997.

